**Concepto 168823**

Bogotá, D.C. 30 SEP 2014

**ASUNTO: Radicado ID 38066/14 - Protección trabajadora embarazada - Afiliación a Salud.**

Damos respuesta a su comunicación radicada con el número de la referencia, mediante la cual consulta sobre quién la protege como empleadora debido a que tiene una trabajadora en estado en embarazo la cual no desempeña
sus labores. Aclara en su escrito que no tiene afiliada a dicha trabajadora a salud por solicitud de la misma.

Como primera medida es necesario recordar que conforme al Decreto 4108 de 2011 y el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, esta Oficina Asesora Jurídica no se encuentra habilitada para definir asuntos específicos o dictar instrucciones concretas, sino por el contrario, para pronunciarse de manera general y abstracta sobre la interpretación de normas y asuntos que son competencia de este Ministerio.

En virtud del asunto de consulta, se debe indicar que el empleador no puede dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo de la trabajadora que se encuentre en estado de embarazo, ni siquiera bajo el supuesto de una terminación por justa causa; el Código Sustantivo del Trabajo establece la protección especial a la maternidad y la prohibición de despedir a la trabajadora por motivo de embarazo o lactancia. En efecto, el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 2° de la Ley 1468 de 2011, establece:

*"Artículo 239. Prohibición de despido,*

1. *Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.*
2. *Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del periodo del embarazo dentro de los tres meses posteriores al parto y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.*
3. *Las trabajadoras* de *que trata el numeral uno (1) de este artículo que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tienen derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta días (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo.*

*4, En el caso de la mujer trabajadora además. Tendrá derecho al pago de las catorce (14) semanas de descanso remunerado a que hace referencia la presente ley, si no ha disfrutado de su licencia por maternidad; en caso de parto múltiple tendrá e! derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, a! pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y e! nacimiento a término”.*

De la misma manera, el Articulo 240 del Código Sustantivo del Trabajo, expresa:

*'Artículo 240, Permiso para despedir. 1. Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o* los *tres meses posteriores al parto, el empleador* ***necesita la autorización del inspector de trabajo,*** *o de/alcalde municipal en los lugares donde no existiere aquel funcionario.*

1. *El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con fundamento en alguna de las causas que* tiene el *empleador para dar por terminado el contrato de trabajo y que* se *enumera en los artículos 62 y 63. Antes de resolver el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes.*
2. *Cuando sea un alcalde municipal quien conozca de la solicitud de permiso, su providencia tiene carácter provisional y debe ser revisada por* el *inspector de! trabajo residente en el lugar más cercano. (Se subraya y resalta por fuera del texto)*

En cumplimiento de lo anterior y, frente a su inquietud sobre quién la protege como empleadora debido a que tiene de una trabajadora en estado en embarazo la cual no desempeña sus labores, es necesario indicar que el empleador puede solicitar al Inspector de Trabajo el permiso para poder despedir por justa causa legal a la trabajadora que se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, pues el despido sin el cumplimiento de los requisitos expuestos no produce ninguna consecuencia jurídica como lo señala el Artículo 241 del Código Sustantivo del Trabajo, lo cual significa que el contrato de trabajo continúa vigente, la trabajadora sigue bajo las órdenes del empleador aun cuando éste no utilice sus servicios y por ende, las obligaciones del empleador respecto del pago de salarios y prestaciones sociales de ley.

Lo anteriormente indicado significa, que el fuero de maternidad establecido por el legislador para las madres trabajadoras comprende el periodo de gestación y los tres meses posteriores al parto (licencia de maternidad), periodo dentro del cual se presume que el despido se ha producido por esta causa.

La Honorable Corte Constitucional a través de sentencia de unificación 070 de fecha 13 de febrero de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada, unificó reglas jurisprudenciales en cuanto a la protección reforzada de la maternidad o fuero de maternidad.

Según la citada sentencia, el fuero de maternidad puede entenderse en el siguiente sentido:

*"Se ha sostenido pues, que la protección coherente con el sentido de fuero de maternidad,* ***consiste en garantizar a la mujer trabajadora su "derecho efectivo a trabajar****"'* ***independientemente de la alternativa laboral en la que se encuentre.*** *En varias ocasiones se ha recalcado que para despedir a una mujer en esas circunstancias e! empleador debe demostrar que media una justa causa y ha de adjuntar, de igual modo, el permiso de la autoridad administrativa competente.* ***Esto no puede significar cosa distinta a la obligación de tomar medidas para mantenerla alternativa laboral.*** *"(Se resalta por fuera del texto original)*

La unificación de la Corte Constitucional fue enfocada sobre dos puntos relevantes con el objeto de determinar el alcance de la protección que se le proporciona a la trabajadora: 1°) Que el empleador conociese o no el estado de embarazo de la trabajadora al momento de la desvinculación y 2°) La modalidad de alternativa laboral.

Concluye la Corte manifestando que la protección consiste en la *estabilidad laboral* de la trabajadora en estado de gravidez frente a la cesación de la alternativa laboral, lo cual, se traduciría en la búsqueda de alternativa laboral por parte del empleador en su procura, diciendo que:

*"Procede la protección reforzada derivada de la maternidad, luego la adopción de medidas protectoras en caso de cesación de la alternativa laboral, cuando se demuestre, sin alguna otra exigencia adicional:* ***a) la existencia de una relación laboral o de prestación* y, *b) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguiente al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación. De igual manera el alcance de la protección* se *determinará según la modalidad de contrato y según si* el *empleador (o contratista) conocía o no del estado de embarazo de la empleada al momento de la desvinculación."*** *(Se resalta por fuera de texto original)*

Dependiendo de la modalidad contractual que la mujer embarazada tuviese con el empleador, valga mencionar, contrato de trabajo, contrato de trabajo a término fijo, contrato de trabajo a término indefinido y contrato realidad, así como también si éste conocía o no el estado de gravidez de la misma, la Corte ha señalado el grado de la protección especial que merecería, pudiendo ser:

*a) La ineficacia del despido y el consecuente reintegro laboral más e! pago de las erogaciones (salarios y demás prestaciones) dejadas de percibir.*

*b) Ordenar el reconocimiento del pago de las cotizaciones durante el período de gestación y el reintegro laboral sólo cuando las causas del contrato laboral no desaparecen según el criterio de/Inspector del Trabajo.*

*c) En sede de tutela, la renovación del contrato, a término fijo o por obra o labor contratada, sólo será procedente* ***si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen.***

1. *Si el empleador no conoce el estado de gestación de la trabajadora, pero, alega justa causa, la configuración de ésta debe ser debatida en la jurisdicción laboral ordinaria.*
2. *En algunos casos procede la indemnización prevista en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando se demuestra que el empleador tuvo conocimiento del estado de gravidez de la trabajadora y el despido se produjo sin justa causa. (Se subraya y resalta por fuera de texto original)*

Recientemente, la Honorable Corte Constitucional mediante fallo T-312 de 2014, con ponencia del Magistrado Nilson Pinilla Pinilla, decidió revocar el fallo dictado en noviembre 14 de 2013 por el Juzgado Treinta Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, no impugnado, que había negado el amparo solicitado, y en su lugar, dispuso tutelar los derechos fundamentales de una mujer en estado de gravidez durante la vigencia de un Contrato de prestación de servicios en una empresa del sector privado y de su hijo, al mínimo vital, la seguridad social y el fuero de maternidad.

Por consiguiente, ordenó a la Empresa contratante dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la citada providencia, reconocer y cancelarle todo lo correspondiente a la Licencia de maternidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, el empleador o contratante no podrá desvincular unilateralmente ninguna trabajadora o contratista que se encuentre en estado de embarazo o periodo de lactancia, ni siquiera bajo el supuesto de una justa causa de terminación, sin previa autorización por parte del Inspector del Trabajo para tal fin, pues como lo dijo la Corte, la protección a la mujer en estado de embarazo protege su gestación y su periodo de lactancia sin importar la relación laboral que se tenga o la modalidad del contrato que se suscriba.

Por otra parte, la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud que es obligatoria para los trabajadores dependientes y se encuentra a cargo de su empleador, permite el reconocimiento de la licencia de maternidad, entre otras prestaciones. Cabe señalar que para el reconocimiento y pago de la prestación económica por licencia de maternidad, por parte de las Entidades Promotoras de Salud, deberá darse cumplimiento a las condiciones establecidas en el numeral 2 del Artículo 3 del Decreto 047 de 2000, cuyo texto establece lo siguiente:

*"2. Licencias por Maternidad: para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su periodo de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión.*

*Lo previsto en este numeral se entiende sin perjuicio del deber del empleador de cancelarla correspondiente licencia cuando existe relación laboral y se cotice un período inferior al de la gestación en curso o no se cumplan con las condiciones previstas dentro del régimen de control a la evasión para el pago de las prestaciones económicas con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud'. (Se subraya por fuera del texto)*

Por su parte, el Artículo 21 del Decreto 1804 de 1999 determina que para efectos del reembolso o pago de la licencia de maternidad, los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago tendrán derecho a solicitarlo, siempre que al momento de la solicitud y durante la licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas:

*'1. Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como Empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al Sistema.*

*Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho.*

*Cuando el empleador reporte la novedad de ingreso del trabajador, o el trabajador independiente ingrese por primera vez al Sistema, el período de qué trata el presente numeral se empezará a contar desde tales fechas, siempre y cuando dichos reportes de novedad o ingreso al Sistema se hayan efectuado en la oportunidad en que así lo establezcan las disposiciones legales y reglamentarias. (...)*

*2. No tener deuda pendiente con las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades, y conforme a las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios asistenciales en caso de mora*

*Conforme a la disposición contenida en el numeral 1 del presente artículo, serán de cargo del Empleador el valor de las licencias por enfermedad general o maternidad a que tengan derecho sus trabajadores, en los eventos en que no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS, o en el evento en que dicho empleador incurra en mora, durante el período que dure la licencia, en el pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus trabajadores frente a! sistema (••)l (Se subraya por fuera del texto)*

De acuerdo con las disposiciones precitadas, para que proceda el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, además del cumplimiento de los requisitos establecidos en el Articulo 21 del Decreto 1804 de 1999, la trabajadora dependiente deberá haber cotizado en forma ininterrumpida, durante todo el periodo de gestación, **en caso contrario, la EPS no podrá efectuar el reconocimiento y pago de dicha prestación y en este evento, el pago de la licencia de maternidad, cuando se trate de trabajadores dependientes, estará a cargo del empleador, de conformidad con lo establecido en las normas mencionadas.**

En resumen en aquellos eventos en que la EPS no asuma el pago de la licencia de maternidad, corresponderá al empleador asumir la licencia de maternidad, con el salario que esté devengado la trabajadora al momento del parto.

La presente comunicación, se emite conforme a lo señalado en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, con la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo, en virtud del cual las respuestas dadas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

(Firma en el documento original)

**ANDREA PATRICIA CAMACHO FONSECA**

Coordinadora Grupo Interno de Trabajo de Atención a Consultas en Materia de Seguridad Social Integral

Oficina Asesora Jurídica